



El “crimen organizado”: un concepto extraño al derecho penal argentino

THE “ORGANIZED CRIME”: A STRANGE CONCEPT TO THE ARGENTINIAN CRIMINAL LAW

Nicolás Santiago Cordini¹

Resumo

Conceptos tales como “organización criminal” o “crimen organizado” están, hoy en día, en boca de todos. Al investigar en materia de “crimen organizado”, no contamos con un concepto, en tanto objeto de estudio, como punto de inicio. Por el contrario, el verdadero propósito de un estudio sobre “crimen organizado” es establecer “¿de qué se trata?”. Objeto de la presente investigación será analizar el concepto esbozado a nivel internacional, partiendo de la hipótesis que el mismo es una americanización de una política criminal contra la droga, que, a partir de diversas instancias normativas, específicamente a través de convenciones, ha tenido recepción en legislaciones de naturaleza diversa. A su vez, ese concepto, convive, cuando no colisiona, con otros preexistentes en las legislaciones nacionales, específicamente, el de asociación ilícita, asociación criminal o asociación para delinquir. Esta convivencia no es armónica y genera, en la práctica, no pocas complicaciones. Este trabajo ha sido desarrollado siguiendo una metodología cualitativa y el análisis de contenido ha sido la técnica seleccionada.

Palavras-chave

Organización; crimen; transnacionalidad.

Abstract

Concepts like “criminal organization” or “organised crimes” are, today, the talk of the town. When we study the field of “organised crimes”, we do not have a concept under study as a starting point. On the contrary, the real aim of a study on “organised crime” is to establish what it is about. The aim of this research is to analyse the international outlined concept, under the assumption that it is an Americanisation of a criminal police against drugs, which through different normative bodies, such as international conventions, has been receipted in different systems of law. In turn, this concept coexists with other pre-existing ones in national laws, specifically the one of “conspiracy”. This coexistence is not harmonic and creates, in fact, many complications. This paper has been developed following qualitative methods of research and the content analysis.

Keywords

Organization; crime; transnationality.

INTRODUCCIÓN

Conceptos tales como “organización criminal”, “crimen organizado” o “criminalidad organizada” están, hoy en día, en boca de todos, desde el discurso desarrollado por los medios de comunicación, pasando por el discurso académico, a partir de investigaciones empíricas que demuestran el crecimiento de nuevas modalidades delictivas en la región, hasta en el diseño de políticas públicas, —por ejemplo, a partir de proyectos tendientes a crear fueros y procuradurías especializadas en la materia— en aras de combatir este flagelo. Ante la proliferación del concepto podemos formular incontables preguntas: ¿comparten todos los actores la misma connotación al hablar de crimen organizado?, ¿cuál es su origen?, ¿organización criminal y asociación para delinquir son realidades idénticas o, cuanto menos, similares?, etc. Objeto de la presente investigación será analizar el concepto esbozado a nivel internacional, partiendo de la hipótesis que el mismo es una americanización de una política criminal contra la droga que, a partir de diversas instancias normativas, específicamente a través de convenciones, ha tenido recepción en legislaciones de naturaleza diversa. A su vez, el presente concepto, convive, cuando no colisiona, con otros preexistentes en las legislaciones nacionales, específicamente, el de asociación ilícita, asociación criminal o asociación para delinquir. Esta convivencia no es armónica y genera, en la práctica, no pocas complicaciones.

I EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Al investigar en materia de “crimen organizado”, no contamos con un concepto, en tanto objeto de estudio, como punto de inicio (LAMPE, 2009, p. 166). Por el contrario, el verdadero propósito de un estudio sobre “crimen organizado” o, para ser más preciso utilizando el léxico jurídico-penal, sobre “delitos de organización”, es determinar si tal fenómeno existe y, luego, establecer “¿de qué se trata?”. Una definición de “delito de organización” es, por lo tanto, un posible resultado antes que una condición previa del estudio de la criminalidad organizada (KELLY, 1986, p. 10).

Lampe señala tres grandes problemas a la hora de conceptualizar el crimen organizado. En primer lugar, resulta difícil delinear la criminalidad organizada como un objeto de estudio; pues ésta no es ni un claro fenómeno empírico discernible, ni encontramos acuerdo sobre cuál debe ser su “esencia” o “naturaleza”. Más bien, una amplia variedad de personas, estructuras y eventos están, en variado grado y combinación, subsumidos en este concepto. Debido a este carácter esquivo, la expresión “crimen organizado” puede asumir una experiencia de sí misma bastante independiente de la realidad social a la que se supone que debe estar relacionada. Es por ello que los investigadores en la materia no solo se enfrentan al desafío de establecer un concepto unívoco, sino que también tienen que lidiar con la dualidad del crimen organizado como una faceta de la realidad social y como una construcción social (LAMPE, 2002, p. 191). La segunda dificultad se relaciona con la falta de una

terminología precisa. Así, por ejemplo, conceptos básicos como “crimen organizado” y “redes criminales” son usados a veces indistintamente y en otras oportunidades son tratados como categorías analíticas diversas¹ creando, en consecuencia, mayores confusiones (LAMPE, 2002, p. 191). El tercer problema surge cuando las visiones comúnmente sostenidas sobre la realidad del crimen organizado (el concepto de crimen organizado a nivel del *Lebenswelt*²) están en contradicción con las investigaciones científicas. Bastante a menudo lo que es considerado por los medios masivos de comunicación, por los políticos o por los agentes aplicadores de normas como un hecho establecido (organización criminal), bajo un examen más próximo resulta ser un concepto erróneo;³ por lo tanto, los investigadores, no infrecuentemente, están en desacuerdo con estos formadores de opinión (LAMPE, 2002, p. 191).

El crimen organizado transnacional, en un sentido literal, tiene una historia tan vieja como la de los Estados nacionales y la del comercio internacional. La piratería, el pillaje transfronterizo, el contrabando, el fraude y el comercio de bienes robados o cuyo comercio estuviese prohibido son ocupaciones antiguas que crecieron en significancia en la medida en que los Estados nación fueron tomando forma. La piratería y el pillaje han sido desterrados a partes del mundo donde la autoridad es débil, tal es el caso de las costas de África. Otras modalidades delictivas, sin embargo, tuvieron un auge en los últimos años en la mayor parte del globo, sin tener en consideración la fortaleza o debilidad de la autoridad del Estado o los esfuerzos de la comunidad internacional para combatirlos.

El fenómeno de la criminalidad organizada ha sido investigado a través de diversos puntos de vista. Por un lado, a través de su evolución social; por otro lado, a partir de su

...

1 Véase: Williams (1998).

2 Seguimos el concepto de *Lebenswelt* adoptado por Alfred Schütz, quien considera al mundo de la vida cotidiana “ingenua y pre-reflexivamente dado”, no como algo “puesto entre paréntesis” sino, por el contrario, como el campo que el que el científico social no puede nunca abandonar, como el “hábitat natural” del problema del *Verstehen*. El mundo de la vida cotidiana incluye todo aquello que es dado por sabido y que normalmente no requiere reflexión, es una actitud de sentido común (BAUMAN, 2007, p. 168). Para Schütz (1974, p. 73): “Todas las explicaciones científicas del mundo social pueden, y para ciertos fines, deben referirse al sentido subjetivo de las acciones de seres humanos en los que se origina la realidad social”. El *Lebenswelt* se constituye de este modo en el escenario y el objeto de nuestras acciones e interpretaciones (SCHÜTZ, 1973, p. 73). El mundo de la vida cotidiana es también, desde el principio, un mundo social cultural dentro del cual las personas se relacionan, en múltiples formas de interacción, con semejantes a quienes conocen en grados diversos de intimidad y anonimia. Y solo en él se puede constituir un entorno comunicativo común (*gemeinsame kommunikative Umwelt*) (SCHÜTZ; LUCKMANN, 2003, p. 29).

3 Por ejemplo, la existencia de organizaciones criminales complejas en mercados ilegales puede ser falsamente asumida donde, de hecho, numerosos autores independientes cooperan dentro de estructuras de red. Véase: Adler (1985).

creciente tratamiento jurídico, sociológico, político y económico diferenciado bajo nuevos puntos de vista pormenorizados, de modo que el significado que se entiende bajo el concepto de "criminalidad organizada" ha variado fuertemente en el curso de la historia (JÄGER, 2013, p. 15). Como veremos más adelante, la problemática no reside en su cualidad de transnacional sino en el componente organizativo. Es en este punto donde las opiniones difieren y si bien se ha alcanzado un consenso normativo, a partir de su definición en una convención internacional, el carácter difuso que tiene el concepto "crimen organizado" aún perdura.

El concepto de "crimen organizado" que, a nivel del *Lebenswelt*, está ampliamente difundido en la actualidad, gracias a su utilización por los medios de comunicación, no es tan antiguo como parece, sino que se remonta a fines del siglo pasado. Desde principio de los 1990, ha sido usado como sinónimo de "gangsterismo transnacional" en general, o de "mafia" u "organizaciones de tipo mafiosas", en particular. En este sentido la "organización criminal transnacional" se ha convertido en un concepto que es parte integral del vocabulario de los agentes encargados del diseño de la política criminal alrededor del globo. Muchos gobiernos están en un continuo proceso de diseño de nuevas vías para combatir aquello que, para muchos, constituye un nuevo problema descubierto. Tratados bilaterales y multilaterales, convenciones surgidas en el seno de Naciones Unidas, instituciones encargadas de hacer cumplir la normativa internacional dictada al efecto y agencias de inteligencia abocadas a investigar las actividades de organizaciones tales como "La Camorra", "Yakusa" o, a nivel regional de cárteles tales como el de Medellín o el de Sinaloa, son manifestaciones de esta nueva problemática.

2 LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: PRIMERA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Cuando utilizamos el concepto "crimen organizado" o "delito de organización" aludimos a, al menos, dos realidades diversas.

Un primer significado alude a la organización en tanto delito autónomo, a través de las figuras tales como la asociación ilícita, asociación criminal (*associação criminosa* en los términos del art. 288 del Código Penal brasileño), etc. En este sentido aludimos a la mera organización, el hecho de formar parte de una estructura destinada a cometer una serie de delitos, característicos de esta modalidad delictiva. En el delito aquí analizado, el autor es responsable por su mera adhesión a la organización, es decir, por formar parte de ella. La punición de la organización como realidad autónoma no está, sin embargo, exenta de críticas. En principio, la punición por el mero "tomar parte" no resulta satisfactoria dado que, si considerásemos al delito de organización como delito por adhesión o de pertenencia, deberían desarrollarse criterios para fundamentar el traslado de la responsabilidad de la organización en una punición de los autores individuales que formaren parte de ella. Dichos criterios deberían ser idóneos para responder la siguiente pregunta: ¿bajo

qué criterios el hecho de pertenecer a una organización delictiva redundaría en una imputación⁴ a la persona individual? Una vía de escape ha sido desarrollada en la dogmática jurídico-penal alemana bajo el título "teoría de la anticipación" (*Vorverlagerungstheorie*) que ha justificado la existencia de la organización como delito autónomo, considerando al delito asociativo como una anticipación (acto preparatorio) del delito fin de la asociación. La fundamentación de la punición de los miembros y colaboradores de este tipo de organizaciones radicaría en su manifiesta enemistad al Derecho (*offene Rechtsfeindschaft*) (RUDOLPHI, 1978, p. 318-319).⁵ No demasiado ajeno a esta fundamentación se encuentra la postura de Jakobs, quien sostiene que la legitimación de la sanción de la pertenencia a una asociación no tiene lugar a partir de su consideración como actos preparatorios de la lesión futura de bienes jurídicos, sino como hechos que, por sí mismos, infringen normas de flaqueo, cuya finalidad es garantizar los presupuestos cognitivos de la vigencia de las normas principales, provocando un menoscabo de la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico (JAKOBS, 1985, p. 773-774).

Un segundo significado alude a los delitos fin cometidos de manera organizada. Aquí no se trata de la organización en cuanto tal, sino de los específicos delitos que serían característicos de este tipo de estructuras. Para este punto de vista, la organización no es un delito independiente respecto del delito fin sino que, por el contrario, la organización forma parte de la estructura del ilícito (*Unrecht*), aumentando el grado de peligrosidad del mismo y repercutiendo, en última instancia, en el grado de reproche (culpabilidad) que se formule contra el autor del hecho. Siguiendo a Silva Sánchez,

una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico (*strafrechtliches Unrechtssystem*), o sea, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal como sistema de injusto tiene una dimensión

...

4 El concepto de imputación se centra en la acción y efecto de atribuir, de adscribir un determinado fenómeno a un sujeto como obra suya (bajo su responsabilidad), lo que supone una acción de antemano confrontada a una obligación o a una prohibición de esa acción infringida. Este movimiento que se dirige de la imputación hacia la responsabilidad del sujeto no debe perder de vista el juicio inverso que va desde la retribución del hecho a la acción del autor y conlleva, a su vez, la pregunta de quién es el sujeto susceptible de imputación o, en otros términos, quién es persona para el derecho. La teoría de la imputación, en términos generales, responde a la problemática de cuándo y bajo qué condiciones se puede establecer una relación, penalmente relevante, entre una persona y un suceso de manera que a esa persona se la pueda considerar autor y reprocharle el hecho mediante la aplicación de una pena. Véase: Hruschka (1976, p. 12 y ss.).

5 En sentido similar Kindhäuser (1989, p. 315) argumenta: "el autor, en la medida que quiere ponerse en situación de cometer un hecho antijurídico, se convierte en un riesgo para la seguridad".

institucional —de institución antisocial— que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente. (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 95)

Es en dicha dimensión institucional donde radica su diferencia específica respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos. El fundamento de la tipificación penal del componente organizacional estaría relacionado a que dichas organizaciones suponen un incremento de la peligrosidad frente a autores individuales o concertados de modo esporádico (participación) es decir, su cualidad de disponer de la multiplicación de los distintos factores de riesgo respecto de los bienes jurídicos individuales (la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, etc.) afectados por las infracciones cometidas a través de la organización.

Las diversas significaciones a las que alude el concepto objeto de estudio generan, en la práctica, no pocos inconvenientes, pues es utilizado para hacer alusión a dos realidades diversas. No obstante ello, a un acuerdo conceptual se arribado a partir de un acuerdo internacional.

3 LA NORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO: LAS CONVENCIONES DE NACIONES UNIDAS
A través del establecimiento de un concepto por la vía normativa se ha delineado, en el marco de la legislación internacional, el ámbito de referencia de lo que se entiende por "crimen organizado". Resulta necesario destacar que a dicho consenso se llegó a través una convención internacional en la que participaron diferentes Estados provenientes de tradiciones jurídicas diversas. Por otro lado, si bien la preocupación por el fenómeno de la criminalidad organizada transnacionalidad aparece con auge en la última década del siglo XX, sus antecedentes se remontan a la preocupación de la comunidad internacional en general, y de Estados Unidos de América en particular, en la lucha contra el tráfico de drogas.

3.1 EL ANTECEDENTE: LAS CONVENCIONES CONTRA LAS DROGAS

Nadelmann (1993, p. 466-470) subraya el rol dominante que tuvo la política criminal norteamericana en materia de lucha contra el narcotráfico desde los años 1960 en la legislación internacional. El tráfico de drogas es una de las muchas actividades ilícitas que trascienden las fronteras nacionales, pero la guerra que este país libró contra las drogas ha provisto de un impulso crucial para las múltiples medidas y acuerdos en materia de crimen organizado que, de otra manera nunca hubieran ocurrido (WOODIWISS, 2003, p. 19). Ha habido una americanización de la respuesta de la comunidad internacional a problemática del narcotráfico, construida a partir del marco teórico establecido en las convenciones de Naciones Unidas (ONU). En el ámbito de la ONU se han sucedido tres grandes convenciones en la materia, a saber: a) la *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*; b) el *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971*; y c) la *Convención de Las Naciones Unidas*

Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena de 1988). Fueron establecidas, todas ellas, como resultado de una intensa y continua presión de Estados Unidos de América para liderar la política criminal en la materia. La última urge a los Estados parte a tomar medidas jurídicas para mejorar su capacidad para identificar, arrestar, perseguir y condenar a aquellos que trafiquen drogas a través de las fronteras nacionales. Tales medidas incluyen la tipificación, en la legislaciones nacionales, de delitos que tiendan a evitar dichas actividades (art. 3), constituyendo a los mismos como la base para la extradición entre Estados parte (art. 6) y proveyendo de asistencia mutua en la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos (art. 7), tanto como el embargo y confiscación de los beneficios e instrumentos utilizados en las actividades de tráfico ilícito de estupefacientes. Todas estas medidas están en línea con los objetivos de la diplomacia americana como se indica en las recomendaciones *Foreign Assistance* de la *Reagan Organized Crime Commission* (WOODIWISS, 2003, p. 19).

Cabe destacar que si bien la Convención de 1988 entiende al tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas como una modalidad del crimen organizado transnacional, aunque no conceptualiza a la organización. Solamente en su art. 3 establece que "1. Cada una de las partes adoptará medidas que se sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se comentan intencionalmente: [...] c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: [...] iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos[...]" (NACIONES UNIDAS, 1988, p. 4); y luego en el punto 5.5 del mismo artículo añade que:

5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1, del presente artículo, tales como: a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte; b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas (NACIONES UNIDAS, 1988, p. 4).

Al mismo tiempo que la política criminal contra las drogas mostraba signos de ineficacia para combatir el flagelo,⁶ se estableció en la agenda internacional la necesidad de combatir un fenómeno más amplio, el propio de las organizaciones criminales. En la década del

...

⁶ Woodiwiss (2003, p. 20) señala que al mismo tiempo que la guerra internacional contra la droga fue comprensivamente perdida, los políticos americanos, los gobiernos, periodistas y académicos fueron

1990 el concepto de crimen organizado transnacional emergió como un nuevo concepto en la académica y en el discurso popular. La terminología de “crimen organizado transnacional” surgió en una coyuntura histórica específica donde confluyeron factores sobresalientes, entre los cuales el más importante fue el fin de la guerra fría y su reemplazo por un nuevo orden mundial, que dio lugar a un nuevo discurso en materia de seguridad predicando el combate contra el crimen organizado. La inseguridad que este nuevo fenómeno criminal describe tiene sus raíces en dos fenómenos, el movimiento global de personas y el de mercancías, que están interrelacionados en sentidos complejos. En resumen, existe comercio lícito e ilícito en la economía globalizada y, mientras ambos pueden engendrar miseria humana e incluso ofrecen oportunidades, solo algunas prácticas de mercado ilícito atraen esfuerzos concentrados y el control, vía la atención de la coacción penal. Son las prácticas que definen los reales parámetros oficiales del crimen transnacional organizado (SHEPTYCKI, 2003, p. 42). En palabras de Silva Sánchez,

Los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado —aunque esto interesa aquí en menor medida— dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues lo contrario se convertiría en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas con la globalización y la integración supranacional. En efecto, conductas vulneratorias de barreras y controles estatales a la libre circulación pasan de ser punibles a no serlo.

Pero, por otro lado, los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto —criminalidad arancelaria—, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. (SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 85-86)

...

buscando nuevas maneras de reducir la complejidad del mundo en el mismo sentido que la proposición “bien vs. mal” que fue efectiva durante la guerra fría. Las agencias de inteligencia y seguridad nacional también necesitaban justificar el alto nivel de gasto de sus servicios. La amenaza del crimen transnacional o global no sólo sirvió para explicar el fracaso de la lucha contra el narcotráfico, sino que, al mismo tiempo, resultaba fácil de comunicar como medida de contención.

A partir del último decenio del siglo XX, diversos actores (políticos de diversos países, organizaciones internacionales, sector académico, etc.) fueron delineando el concepto "organización criminal transnacional" que tendrá su corolario en la *Convención de Palermo*. En esta línea, ex Secretario General de la ONU Boutros Boutros-Ghali en la Conferencia sobre la materia de 1994, sostuvo:

[El] crimen organizado [...] se ha transformado en un fenómeno mundial. En Europa, en Asia, en África y en América, las fuerzas del mal están trabajando y ninguna sociedad se salva [...] El crimen organizado transnacional ha conseguido, en un verdadero corto periodo, adaptarse a un nuevo contexto internacional para convertirse en verdaderos crímenes internacionales. De este modo, la ilegalidad está ganando inexorablemente. Está corrompiendo completos sectores de la actividad internacional [...] El peligro es que tanto más perniciosa deviene una organización, esto no siempre confronta directamente con el Estado. Se enreda en la maquinaria institucional. Se infiltra en el aparato del Estado, a fin de obtener la complicidad indirecta de los gobiernos oficiales [...] (UNITED NATIONS, 1994, p. 21)

Producto de la Conferencia de 1994 fue poner en agenda la elaboración de una Convención contra la delincuencia organizada transnacional. El resultado del trabajo colectivo de representantes de más de cien Estados fue la firma de la Convención en cuestión, que tuvo lugar en Palermo (Sicilia, Italia) en el mes de diciembre del año 2000.

3.2 LA CONVENCION DE PALERMO: ORGANIZACION Y TRANSNACIONALIDAD

La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* estableció el ámbito material de aplicación en torno al fenómeno tratado. Para ello se delinearon dos conceptos centrales que delimitan el objeto de la Convención, ellos son: organización y transnacionalidad.

Respecto del primero, se especifican dos conceptos diversos el de "grupo organizado" por un lado, y el de "grupo estructurado", por otro. Al primero lo define como "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención" (art. 2a) (NACIONES UNIDAS, 2004, p. 5). Por "grupo estructurado", por su parte, la Convención lo define como "un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada" (art. 2c) NACIONES UNIDAS, 2004, p. 5). La diferencia entre ambos radica en que el grupo estructurado se trata la unión de dos o más personas con la finalidad o con el objeto de la perpetración concertada de delitos no reuniendo alguna o algunas de las características de la organización criminal, es decir, que o carece de

estabilidad, o no actúa de manera concertada y coordinada repartiendo las distintas tareas o funciones. Resulta necesario resaltar que, a la luz los sistemas penales seguidores de la tradición alemana en materia de dogmática jurídico-penal a saber, de la teoría del delito, este segundo tipo de agrupación genera no pocos problemas de delimitación con los actos preparatorios y con la codelincuencia referida a los distintos delitos cometidos en el ámbito de estas agrupaciones.

Este criterio de la transnacionalidad se establece expresamente en la Convención de Palermo. La mencionada normativa lo define a partir de una enunciación de supuestos en los cuáles estaría acreditado que en el delito intervienen las jurisdicciones de, al menos, dos países. Así, tiene carácter transnacional si:

- a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado (art. 3) (NACIONES UNIDAS, 2004, p. 6).

Sobre este punto no existe mayor disenso, sin embargo consideramos que el criterio “b” está en pugna con nuestro sistema de imputación jurídico-penal, basado en la teoría del delito que, en lo referente a las etapas de realización del delito (*iter criminis*) distingue aquellas que no son punibles, por estar en juego el ámbito de reserva de la persona⁷ (art. 19 Constitución Nacional), de aquellas que sí lo son, por ser próximas a la consumación. Si analizamos el supuesto en cuestión, vemos que algunas de ellas, específicamente, la “preparación” y la “planificación”, no son punibles pues no son próximas al resultado lesivo; por lo tanto, no serían un criterio válido para tener en cuenta al momento de determinar la transnacionalidad, ¿por qué deberíamos tener en cuenta actividades realizadas en el Estado o en otra jurisdicción que, conforme a nuestra Constitución, son lícitas y están reservadas a la esfera de privacidad de los particulares? A fin de salvar la constitucionalidad del inciso, consideramos que el criterio en cuestión debería rezar: “se

...

7 Como bien aclara Zaffaroni (2002, p. 809-810): “cualquiera sea la lesión a la que quiere anticiparse la programación criminalizante, ésta no puede extenderse —en la tentativa ni en el delito de peligro— más allá del ámbito circunscripto por el peligro de lesión, sino en violación del art. 19 constitucional que consagra el principio de libertad negativa o de reserva. Por esta razón quedan excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva”.

consume dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de ejecución se realiza en otro Estado”.

4 LA RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL: CRIMEN ORGANIZADO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA

La existencia de delitos cometidos a través de organizaciones criminales no es un fenómeno novedoso en el Derecho Penal, figuras asociativas existían en los diversos ordenamientos penales con anterioridad a la firma de la convención objeto de análisis. Lo que resulta extraño al buen y viejo Derecho Penal liberal es la expansión de la categoría “organización” dentro de las legislaciones penales. Esta reorientación político-criminal se manifiesta a través de diversas variantes. Dichas manifestaciones no surgieron al unísono sino, por el contrario, han ido apareciendo en diversas oleadas y a través diferentes vectores que hoy pueden ser comprendidos bajo el concepto “expansión del Derecho Penal”.⁸ En otros términos las infracciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte,

•••

8 La denominada expansión del Derecho Penal, siguiendo a Silva Sánchez, se basa en la creación de nuevos bienes jurídico-penales (v. gr. El medio ambiente, la paz, el tráfico económico), en la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes (disminución de los espacios de riesgo permitido), en la flexibilización de las reglas de imputación y en la relativización de los principios político-criminales. Como causas de este fenómeno se mencionan: a) *la efectiva aparición de nuevos riesgos* producto de la complejización de las interacciones humanas; b) *la sensación social de inseguridad* que generan las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración; c) *la configuración de una sociedad de sujetos pasivos*; d) *la identificación de la mayoría social con la víctima del delito*, reinterpretando al *ius puniendi* como “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”; e) *el descrédito de otras instancias de protección*, resignificando al Derecho Penal como único instrumento eficaz de pedagogía político social; f) *el surgimiento de nuevos gestores de la moral colectiva* y del recurso al Derecho Penal para la protección de sus respectivos intereses (organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o antidiscriminatorias); g) *el desprecio por las formas* (garantías), que responde siempre a la supuesta constatación de la ineficiencia de las mismas (SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 18-60). Diez Ripollés, por su parte, rechaza la postura de Silva Sánchez considerando que la denominada “expansión del Derecho Penal” presenta características de dos modelos diferentes, el de la sociedad del riesgo y el de la seguridad ciudadana, que abordan realidades diferentes desde perspectivas ideológicas diversas y que, por tanto, merecen un tratamiento diferenciado. El concepto de expansión deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar dentro de ese nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente (DIEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 132). En consecuencia, la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, o bien el surgimiento de nuevos gestores atípicos de la moral colectiva, entre otros, son característicos del modelo de la seguridad ciudadana y no del de la sociedad del riesgo (DIEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 156).

de modo destacado, del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal (CANCIO MELIA, 2008, p. 27). La defensa de la tipificación de nuevas manifestaciones delictivas dirigidas a la represión de agentes colectivos como instrumento de lucha contra la "nueva criminalidad", recibe acogida desde posturas preventivas. En este sentido se manifiesta Naucke cuando afirma:

El combate contra la criminalidad organizada es una contribución a la sociedad: las expectativas respecto de los éxitos preventivos de la punición crecen; la tendencia a respetar la delimitación y restricción jurídica de la pena descende. (NAUCKE, 2000, p. 21)

La categoría "organización" aparece al interior de las legislaciones nacionales a partir de las manifestaciones siguientes:

- a) la tipificación de delitos que serían característicos de tal forma de criminalidad (por ejemplo, el delito de lavado de activos, el delito de trata de personas, el tráfico de armas, etc.);
- b) la introducción del elemento agravante de organización en una serie de delitos más o menos tradicionales (por ejemplo, el caso del delito de robo calificado cuando es cometido "en banda"⁹);
- c) los clásicos delitos de pertenencia a una organización como es el caso del delito de asociación ilícita.¹⁰ En este caso el injusto sistémico de la organización criminal (el tomar parte de la asociación o asociarse) es un injusto autónomo, independiente de los delitos concretos (delitos fin) que se puedan cometer a través de ella.

A partir de esta clasificación arribamos a la conclusión que las organizaciones criminales aparecen en la legislación penal a través de dos vías diversas: i) mediante el agravamiento

...

⁹ Así el Código Penal argentino, art. 166, inc. 2º *in fine*, establece el supuesto en que fuese cometido en despoblado y en banda o en sentido similar el art 165 del Código Penal paraguayo establece la modalidad agravada cuando el autor hurtara [...] como miembro de una banda que se ha formado para la realización continuada de robos y hurtos... Respecto a la norma penal argentina, Boumpadre entiende que "banda" es sinónimo de asociación ilícita (2001, p. 74).

¹⁰ Así el art. 210 Código Penal argentino pune al que "tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el sólo hecho de ser miembro de la asociación"; el delito de *associação criminosa* del art. 288 del Código Penal brasileño que pune cuando "*Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*".

del ilícito (*Unrecht*) y por ende, de la pena en diversos delitos cuando el mismo se haya cometido a través de un grupo organizado (casos "a" y "b"); o bien ii) mediante los delitos de mera pertenencia a una asociación ilícita (caso "c").

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿en qué se identifican estas figuras delictivas con las pautas establecidas en Palermo?, ¿cumplen con los compromisos asumidos en dicha convención?, ¿asociación ilícita y organización criminal son términos equivalentes?

La Convención de Palermo no tipificó delitos¹¹ sino que, a través de sus protocolos estableció conceptos generales de delitos característicos de esta modalidad delictiva. Su objetivo es establecer una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia organizada transnacional, que evite la conformación de "paraísos jurídico-penales" (SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 88). Estableció definiciones para los delitos de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y lavado de activos.¹² A su vez, erigió a dichos delitos como la base para la extradición entre Estados y estableció reglas en materia de cooperación judicial.

A partir de dichas definiciones los Estados se obligan a tipificar los respectivos delitos con el fin de alcanzar una armonización entre las diversas legislaciones de los Estados parte, dicho propósito no se logró por varios motivos. En primer lugar, a la hora de incorporar tipos penales en cumplimiento de normas internacionales, el legislador nacional, como lo hace de manera no infrecuente, fue mucho más allá de la exigencia internacional apartándose de ella. A solo título de ejemplo, Argentina en cumplimiento del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que complementa la Convención de Palermo tipificó el delito de trata de personas. En su versión original, los arts. 145 bis y 154 ter del Código Penal seguían la definición adoptada en el protocolo, aunque el elemento organizativo era solo una agravante del tipo básico y no un elemento estructural del mismo. Sin embargo, a finales de 2012, los artículos en cuestión fueron modificados; conforme a la nueva versión resulta indiferente el consentimiento de la víctima aun cuando la misma fuese mayor de edad y, por otro lado, ya no exige para agravar la pena que el delito se cometiese a través de una organización, sino que es suficiente a los fines del tipo agravado que en el mismo participen tres o más personas.¹³

...

- 11 Toda tipificación exige, en cumplimiento del principio de legalidad, además la descripción de la conducta prohibida u ordenada, el establecimiento de la pena.
- 12 A esta lista cabe añadir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que no fue abordado en esta convención porque ya había sido objeto de la Convención de Viena de 1988.
- 13 Según Lampe (2013, p. 6), cinco requisitos fundamentales distinguen a la organización criminal de la multiplicidad de partícipes reunidos de modo esporádico, ellos son: 1) ingreso de recursos que posibilitan o facilitan la comisión de hechos ilícitos; 2) una ideología de justificación de las conductas criminales; 3) un status social; 4) seguridad ante la persecución penal; y 5) seguridad ante otros criminales.

Además, la introducción de tipos penales no garantiza una aplicación uniforme por los diversos Estados partes. La convención fue el resultado de un consenso de Estados provenientes de diversas culturas jurídicas, por ello a la hora de hacer funcionar dichos conceptos con otros preexistentes de sus respectivas legislaciones surgen, no pocos inconvenientes. Para intentar alcanzar la mencionada armonización habría que, al menos, no solo homogeneizar los tipos penales en cuestión, sino también los preceptos de la parte general así como los principios políticos-criminales. A mero título ejemplificativo, no pocos conceptos establecidos en Palermo están en contradicción con nuestro sistema de imputación jurídico-penal, así el de transnacionalidad es contradictorio con nuestro criterio para delimitar actos no punibles de aquellos que sí lo son. El concepto "grupo estructurado", por su parte, genera no pocos problemas con la teoría de la participación y, por último, las definiciones de los delitos hechas por la convención contienen múltiples acciones típicas, que, por sí sola, convierten al sujeto que las realice en autor del hecho produciéndose, de este modo, una "no distinción entre autoría y participación" (SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 98).

4.1 LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y LA ASOCIACIÓN ILÍCITA: DOS FIGURAS DIVERGENTES

La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* y sus protocolos definen una serie de delitos característicos de la criminalidad propia de la globalización siempre que presenten los dos elementos esenciales antes reseñados: transnacionalidad y organización, adoptando preponderantemente, aunque no de manera exclusiva, la vía (i), es decir, enfocándose en los delitos fin; desde esta perspectiva la organización criminal no es un delito autónomo, sino un elemento del tipo objetivo cuya presencia denota un mayor grado de ilícito, dado que la actuación organizada en la comisión de un delito supone un mayor peligro para el bien jurídico protegido. A su vez, también adopta la vía (ii), específicamente determina en su art. 5 el deber de los Estados de establecer medidas legislativas tendientes a tipificar como delitos dolosos:

- A) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva: i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; B) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento

en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. (NACIONES UNIDAS, 2004, p. 7)

En el citado artículo la convención instruye a los Estados a sancionar a la organización como delito autónomo, castigando el hecho de formar parte de una organización criminal independientemente de la ejecución del delito fin (específicamente, a través de la participación en actividades del grupo organizado con conocimiento de que dicha actividad conllevará a la obtención de la finalidad delictiva). Cabe aclarar que la convivencia de ambas vías no resulta político-criminalmente satisfactoria, pues ocasiona no pocos problemas en torno al concurso de delitos, puesto que un sujeto puede ser penado por el solo hecho de participar de una organización criminal y por ejecutar un delito fin (v. gr. lavado de activos) en el cual el hecho de haber sido cometido mediante una organización agrava el delito; en este caso, el componente organización estaría siendo valorado dos veces, violando el principio de *ne bis in idem*.

La legislación argentina no introdujo, como sí lo hizo, por ejemplo, el Código Penal del Reino de España, el delito de organización criminal,¹⁴ como figura delictiva diversa a la preexistente "asociación ilícita". Tampoco modificó esta última figura a los fines de adaptarla a los requerimientos de la Convención. En el caso argentino la figura básica de asociación ilícita establecida en el art. 210 del Código Penal castiga al sujeto que toma parte de una asociación cuya finalidad sea cometer delitos (véase nota al pie n. 10) es decir, reprime la mera pertenencia a dicha asociación independientemente de si el autor ha intervenido en la comisión de algún delito fin. En tanto acto preparatorio del delito fin sancionado como delito autónomo, lo relevante es el hecho de asociarse. Se trata de un delito de anticipación y, por ende, de peligro abstracto y el bien jurídico protegido es el orden público¹⁵ que la asociación, con su sola existencia, pone en entredicho. Esta ha sido la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Stancanelli*.¹⁶ Para la Corte

...

- 14 En la práctica el Código Penal español mantiene tres vías de punición para las organizaciones criminales a saber: 1) a través de los subtipos agravados cuando el delito se hubiese cometido a través de una organización criminal; 2) mediante la punición de la asociación ilícita (art. 515); y 3) a través del tipo de organización criminal (art. 750 bis y ss.).
- 15 Cámara Nacional de Apelaciones de San Martín, Buenos Aires, en la causa "Palavecino Jonathan Alí y otros s/ infr. arts. 166, 170, 189 bis y 201 CP y ley 23.737" de fecha 28/08/2012 afirmó que "El bien jurídico protegido por el artículo 210 del código penal, es el orden público entendido como tranquilidad pública, esto es el derecho de la sociedad a estar exenta de actos que generen alarma social o que produzcan temor o zozobra a amplios grupos de personas. Se trata de una figura de peligro para cuya configuración basta, entre otros requisitos, el concierto de personas y la verificación del fin criminal".
- 16 CSJN, S. 471. XXXVII. RECURSO DE HECHO, Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad —causa n. 798/95—.

la criminalidad propia de este delito reside esencialmente en la repercusión que tiene en el “espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública” y no en la lesión efectiva de cosas o personas. A su vez, no se exigen demasiados requisitos para establecer la existencia de una asociación ilícita. Conforme a la descripción típica tres son sus elementos básicos: a) la acción de asociarse o conformar una asociación de este tipo (tomar parte), b) un número mínimo de autores consistente en tres o más personas¹⁷ y c) el fin delictivo (BOUMPADRE, 2001, p. 367-368). Cabe aclarar que la asociación ilícita exige cierto grado de permanencia derivada de su propio objeto, ya que la pluralidad delictiva que constituye su razón de ser “demanda una actividad delictiva continuada incompatible con una cooperación instantánea” (BOUMPADRE, 2001, p. 368). A diferencia de la organización criminal, definida en la Convención objeto de análisis, si bien requiere un mínimo grado de organización, no exige un funcionamiento grupal conforme a un régimen estatutario, ni que actúen en conjunto, ni tampoco que los miembros se conozcan entre sí, es decir no exige el “actuar concertado”. Esta es la interpretación seguida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Miguel de Tucumán en los autos “Vargas Aignasse Guillermo s/ secuestro y desaparición”, de fecha 04/09/2008, cuando afirma que “Se requiere así un mínimo de organización o cohesión entre los miembros del grupo, sin necesidad de que esa asociación se forme por el trato personal y directo de los asociados. Basta que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas”.¹⁸ Lo fundamental es, entonces, el pacto de voluntades en relación a una determinada organización cuya finalidad consiste en cometer un número indeterminado de delitos. En este sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos “Lupetti, Salvador Rafael y otros s/ recurso de casación”, de fecha 17/02/2007:

Para que se configure el delito de asociación ilícita no es necesario probar fehacientemente que sus miembros hayan cometido delitos concretos. No es necesario probar ningún

...

17 “A los fines de la tipicidad del delito de asociación ilícita no debe identificarse el número de personas sometidas al proceso con las que han llegado a concluir la etapa del juicio oral, debiendo ser todos tenidos en cuenta a la hora de decidir la configuración del tipo penal objetivo del delito que se examina, en cuanto reclama la participación de tres o más personas, más allá que uno de los integrantes que la conformó al momento del hecho haya sido excluido en el resolutorio por razones procesales y de salud”. Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal. San Fernando del Valle de Catamarca, Catamarca en los autos “Actuaciones instruidas por las supuestas desapariciones y muerte de Francisco Gregorio Ponce, Griselda del Huerto Ponce, Julio Genaro Burgos y Nelly Yolanda Borda” de fecha 15/06/2012.

18 En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, en fecha 15/06/2012, en la causa: “Actuaciones instruidas por las supuestas desapariciones y muertes de Francisco Gregorio Ponce; Griselda del Huerto Ponce; Julio Genaro Burgos y Nelly Yolanda Borda”.

delito puntual (aunque en el caso si se han acreditado). Basta con probar (y para ello es suficiente la prueba de indicios valorada correctamente), que un número mínimo de partícipes forman o toman parte de una asociación —por el sólo hecho de ser miembro—, que como es lógico debe formarse mediante acuerdo o pacto de sus componentes, con el propósito colectivo de cometer delitos en forma indeterminada —es decir no específicos—.

La figura de la asociación ilícita tiene una finalidad más amplia que la de la convención, se trata de punir actos que de no existir el tipo penal serían considerados meros actos preparatorios, por ello se trata de un delito de anticipación. Este tipo penal no distingue el grado de criminalidad del delito fin, cualquier delito presente en el Código Penal o en alguna legislación especial puede ser objeto de la asociación. La convención, por su parte, tiene por finalidad circunscribir el ámbito de aplicación a delitos graves (art. 2b). En efecto, el delito de asociación ilícita es insuficiente para cumplir la función político-criminal asignada a la organización en los términos de la Convención. Puesto que tanto el componente organizativo como la delimitación en cuanto a los posibles delitos fin tienen como objetivo circunscribir el ámbito de acción contra organizaciones que ponen en peligro no solo al propio Estado, sino también a la comunidad internacional, dado su carácter transnacional. El delito de asociación ilícita no puede cumplir dicho cometido, pues al no hacer distinción en cuanto a la gravedad del delito fin ni a la naturaleza del mismo pueden ser objeto de la asociación criminal delitos de los más diversos (desde los propios delitos abarcados por la Convención de Palermo, falsificaciones, hasta simples defraudaciones o hurtos). Así, una asociación destinada a cometer delitos de poca entidad (como por ejemplo el hurto de neumáticos), que no supone riesgo para la seguridad Estado ni para la comunidad internacional, sería punible conforme a la legislación penal, aunque está completamente al margen de los objetivos de la Convención.

4.2 ¿LA ORGANIZACIÓN COMO ELEMENTO DEL ILÍCITO?

Visto que la organización no aparece en nuestra legislación como delito autónomo, aún cabe la posibilidad de que ella se presente como elemento del tipo objetivo de un grupo de delitos característicos de la criminalidad de la globalización. Si analizamos las figuras delictivas introducidas en la legislación nacional, en cumplimiento de los compromisos asumidos al suscribir la Convención de Palermo, podemos realizar las siguientes aclaraciones.

En lo que respecta al delito de trata de personas, en su primera versión el componente organizativo aparecía, no como un elemento estructural del tipo básico sino tan solo como agravante del mismo. En dicha agravante se consideraba cuando el delito fuese cometido de “manera organizada”. Receptando de este modo el concepto aportado por Palermo. Una opinión discordante con la aquí sostenida, aunque no por ello menos interesante, fue la sostenida por Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de La Plata en la causa n. 3.505/13 caratulada:

HOYOS NOGUERA, Juan Pablo; MERCADO MARTÍNEZ, Evelia; MERCADO MARTÍNEZ, Delina; RUEDA FLORES, Jaime Bedamil y ZOLANO ROCABADO, Ricardo s/ inf. arts. 119 inc. f) y 145 ter del C.P. y arts. 3 y 4 Ley 26.364” del 04/12/2013 en la que sostuvo que el componente organizacional era un requisito indispensable del tipo de trata de personas. Así, integrando las disposiciones de la Convención de Palermo y del Protocolo correspondiente al análisis el artículo 145 ter CP correspondiente a la trata de personas, negó aplicar al hecho bajo análisis el artículo en cuestión fundado en “la inexistencia de elementos estructurales que la definen (organización, red), llevan a los suscriptos a descartar la tipificación propuesta por el representante de la *vindicta pública*.”

Este tipo penal fue, sin embargo, modificado por la Ley n. 26.842, la mencionada agravante fue sustituida, en su versión actual tan solo reza: “en la comisión del delito participaren tres (3) o más personas” (art. 145 ter, 5.). De este modo, en su versión actual basta con la mera concertación espontánea de tres o más personas para que la agravante opere, no requiriéndose ningún tipo de organización previa.

En lo que respecta al delito de lavado de activos, en este tipo penal el legislador ha seguido el criterio de gravar el hecho cuando fuese cometido por una asociación ilícita, para determinar qué se entiende por asociación o banda en los términos del art. 303 del Código Penal, basta remitirse al art. 210 del mismo cuerpo. Resulta necesario destacar que la legislación nacional no optó por el concepto “organización criminal” derivado de la Convención, y eligió, por el contrario, el de “asociación” o “banda”, manteniendo así una coherencia lógica entre esta figura agravada y la de la asociación ilícita.

CONCLUSIONES

Existen al menos dos ámbitos de aplicación del concepto “crimen organizado”. El primero de ellos refiere a la organización como delito autónomo, es decir, la “organización criminal”, realidad que, al interior de las legislaciones nacionales aparece en figuras tales como la asociación ilícita o asociación criminal. Cabe aclarar que la figura de la asociación ilícita posee exigencias más laxas para su configuración y no cumple con los cometidos de la organización criminal, en los términos acuñados en la Convención de Palermo. El segundo ámbito de referencia hace alusión al componente organizativo que sería un elemento (componente del tipo objetivo) característico de la criminalidad propia de la globalización. Dicho elemento estaría presente en delitos tales como el tráfico de estupefacientes, la trata de personas, el lavado de activos, entre otros. En este caso la organización no es una realidad autónoma del delito fin, sino una modalidad comisiva que, dadas sus características, posee mayor peligrosidad para el bien jurídico afectado que si el hecho hubiese sido cometido por una sola persona.

El consenso conceptual alcanzado en Palermo no garantiza que las legislaciones nacionales lo interpreten de manera uniforme. En el caso argentino, el Estado se ha apartado de los lineamientos establecidos por la Convención; el legislador en su afán de ir más allá de lo exigido, ha actuado en contra de la pretendida uniformidad internacional. Por otro lado, los conceptos adoptados en la convención conviven con otros preexistentes, con principios político-criminales y con criterios de imputación jurídico-penal cuyo resultado es una convivencia, poco armoniosa, de conceptos provenientes de diversos sistemas jurídico-penales. En lo que respecta al concepto "grupo organizado", es una definición que aún no ha sido receptada por la legislación nacional.

De este modo la "organización criminal" más allá de su amplia utilización por diversos sectores continúa siendo un concepto extraño en la legislación penal argentina. Pese a la firma de los tratados internacionales en la materia, el Derecho Penal argentino sigue operando con el término "asociación ilícita". Una política criminal contra el crimen organizado transnacional, para ser eficaz, debería plantearse, en primera medida, una revisión de los tipos delictivos en los que aparece el elemento asociativo (sea como delito autónomo o como elemento calificante) para adaptarlo a las exigencias de la convención pues, como se ha demostrado, el concepto de asociación no sirve para las finalidades para las cuales la organización criminal transnacional fue pensada.

NOTA DE AGRADECIMIENTO

Este trabajo fue financiado a través de una beca posdoctoral del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) en el marco de una investigación titulada: "La imputación personal en delitos cometidos a través de organizaciones criminales" (2016-2018).

REFERENCIAS

ADLER, Patricia. *Wheeling and Dealing: An Ethnography of an Upper-Level Drug Dealing and Smuggling Community*. New York: Columbia University Press, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.

BOUMPADRE, Jorge. *Derecho Penal: parte especial*. Buenos Aires: Mario A. Viera Editor, 2001, t. II.

CANCIO MELIA, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CANCIO MELIA, M.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Eds.). *Delitos de organización*. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 15-84.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DONNA, Edgardo. *Derecho penal Parte Especial*. Tomo 2-C. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002.

HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1976.

JÄGER, Thomas. Transnationale Organisierte Kriminalität. *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 63. Jahrgang 38-39, 2013, p. 15-21.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985, p. 751-785.

KELLY, Robert J. Criminal Underworlds: Looking Down on Society of Bellow. In: KELLY, R. J. (Ed.). *Organized crime: Crosscultural studies*. Totowa: Rowman & Littlefield, 1986, p. 10-31.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Klostermann: Frankfurt am Main, 1989.

LAMPE, Klaus von. Was ist „Organisierte Kriminalität“? *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 63. Jahrgang 38-39, 2013, p. 1-10.

_____. Organised Crime Research in Perspective. In: DUYNE, P. v.; LAMPE, K. v.; PASSAS, N. (Eds.). *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*. Nijmegen: World Legal Publishers, 2002, p. 189-198.

_____. The Study of Organised Crime: An assessment of the state of affairs. In: KARSTEN INGVALDSEN, V.; LUNDGREN, S. (Eds.). *Organised Crime: Norms, markets, regulation and research*. Oslo: Unipub, 2009, p. 165-211.

NACIONES UNIDAS. *Convención de Las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (Viena, diciembre 1988). Naciones Unidas: Viena, 1988. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2017.

_____. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* (Palermo, diciembre 2000). Naciones Unidas: New York, 2004. Disponible en: <<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>>. Acceso en: 4 abr. 2017.

NADELMANN, Ethan. *Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*. University Park, PN: Pennsylvania State University Press, 1993.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht, Eine Einführung*. 9. ed. Frankfurt am Main: Neuwied [u.a.] Luchterhand, 2000.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 a StGB. *Festschrift für H.J. Brums zum 70. Geburtstag*, Köln: Heymann, 1978, p. 315-338.

SCHÜTZ, Alfred. *El problema de la realidad social: Escritos I*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974.

_____. *On Phenomenology and Social Relations*. Chicago: Chicago University Press, 1973.

_____; LUCKMANN, Thomas. *Strukturen der Lebenswelt*. Konstanz: Verlag C. H. Beck, 2003.

SHEPTYCKI, James. Global law enforcement as a protection racket: some sceptical notes on transnational organised crime as an object of global governance. In: EDWARDS, A.; GILL, P. (Eds.). *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*. London: Routledge, 2003, p. 42-58.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La "intervención a través de organización", ¿una forma moderna de participación en el delito? In: *Delitos de organización*. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 87-118.

_____. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

UNITED NATIONS. *Statement by the Secretary-General on the World Ministerial Conference on Organized Crime*. Press Release, 21st November 1994.

WILLIAMS, Phil. Organizing Transnational Crime: Networks, Markets and Hierarchies. WILLIAMS, P.; VLASSIS, D. (Eds.) *Combating Transnational Crime: Concepts Activities and Responses*, in *Transnational Organized Crime*, Special Issue, Vol. 4, Nos. 3-4, Autumn/Winter, 1998, p. 57-87.

WOODIWISS, Mike. Transnational organised crime: the global reach of an American concept. In: EDWARDS, A.; GILL, P. (Eds.). *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*. London: Routledge, 2003, p. 13-28.

ZAFFARONI, Eugenio. et al., *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Nicolás Santiago Cordini

LL.M. BECARIO POSDOCTORAL CONICET EN EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES AMBROSIO L. GIOJA, FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. PROFESOR ADJUNTO DE DERECHO PENAL I DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES – UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL.

ncordini@fcjs.unl.edu.ar